

РЕШЕНИЕ № 17-15-1/5

г. Москва

16 августа 2017 г.

Резолютивная часть решения объявлена «09» августа 2017

Полный текст решения изготовлен «16» августа 2017

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы — Президиум Федеральной антимонопольной службы (далее — Президиум) в составе: <...> ,

рассмотрев жалобу ООО «Центр недвижимости «Северная казна» на решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области от 24.04.2017 по делу № 06-04/10-1, в присутствии, в том числе посредством видео-конференц-связи: <...> ,

(уведомление о дате, времени и месте рассмотрения жалобы, размещено 27.07.2017 на официальном сайте ФАС России www.fas.gov.ru в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»),

заслушав доклад <...> ,

УСТАНОВИЛ:

В Федеральную антимонопольную службу поступила жалоба ООО «Центр недвижимости «Северная казна» (далее — Заявитель) (вх. № 84273/17 от 02.06.2017, № 82926/17 от 31.05.2017) на решение и предписание Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области (далее — Решение Свердловского УФАС России) от 24.04.2017 по делу № 06-04/10-1 на наличие нарушения

единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Решением Свердловского УФАС России Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области признала факт нарушения членами Некоммерческого партнерства «Уральская палата недвижимости» (ООО «АН 33 квадратных метра», ООО «БК_Недвижимость», ООО «ЦН «БЭСТ», ООО «АН «Ликом», ООО «Центр недвижимости «МАН» Главный офис», ООО «АН «Находка», ООО «АН «Новосел», ООО «Центр недвижимости «Северная казна», ООО «КБ «Ярмарка», ООО «Агентство Недвижимости «Диал») пункта 5 части 1 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции), выразившегося в достижении и реализации соглашения хозяйствующими субъектами-конкурентами, которое приводит к отказу членов НП «УПН» от заключения договоров с теми покупателями (заказчиками риэлторских услуг), которые уже заключили эксклюзивные договоры.

На основании данного решения Свердловским УФАС России выданы членам НП «УПН» (ООО АН «33 квадратных метра», ООО «БК_Недвижимость», ООО «ЦН «БЭСТ», ООО «АН «Ликом», ООО «Центр Недвижимости «МАН» Главный офис», ООО «АН «Находка», ООО «АН «Новосел», ООО «Центр Недвижимости «Северная казна», ООО «КБ «Ярмарка», ООО «Агентство Недвижимости «Диал») предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

По мнению ООО «Центр недвижимости «Северная казна», решение Свердловского УФАС России необоснованно и не соответствует действующему законодательству.

На заседании Президиума исследовалось также мнение независимых экспертов — членов Ассоциации антимонопольных экспертов. При его подготовке члены Ассоциации антимонопольных экспертов констатировали, что не связаны позициями и интересами Свердловского УФАС России, ФАС России кого-либо из участников дела о нарушении антимонопольного законодательства № 06-04/10-1, их аффилированных лиц, представителей. По мнению Ассоциации антимонопольных экспертов решение Свердловского УФАС России нарушает единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Члены Ассоциации антимонопольных экспертов пришли к выводу о том, что в материалах антимонопольного дела № 06-04/10-1

отсутствуют доказательства виновности ООО «Центр недвижимости «Северная казна» в заключении антиконкурентного соглашения, которое приводит или может привести к последствиям, предусмотренным пунктом 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Привлечение Свердловским УФАС России в качестве ответчиков только 10 из 220 членов НП «Уральская палата недвижимости» к антимонопольной ответственности и непривлечение других при одинаковых фактических обстоятельствах, может свидетельствовать о необъективности действий правоприменителя.

Президиум рассмотрел жалобу на предмет соблюдения единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и установил следующее.

Дело № 06-04/10-1 Свердловского УФАС России в соответствии с частью 1 и частью 2 статьи 47¹ Закона о защите конкуренции выделено определением от 25.07.2016 в отдельное производство из дела № 06-04/10.

По результатам проведенного в соответствии с частью 5¹ статьи 45 Закона о защите конкуренции анализа состояния конкурентной среды рассматривается рынок риэлторских услуг в географических границах МО «г. Екатеринбург».

Установлено, что с 15.12.1995 года действует НП «УПН», созданное в целях помощи членам некоммерческого партнерства при осуществлении ими риэлторской деятельности.

Для определения правового статуса НП «УПН» и порядка его взаимодействия со своими участниками (членами и кандидатами), Свердловским УФАС России были проанализированы нормативные документы, регламентирующие порядок деятельности и взаимодействия указанных хозяйствующих субъектов:

- Устав УПН;
- Правила осуществления риэлторской деятельности, утвержденные Общим собранием членов РА «УПН» 15.05.1998;
- Положение «О Комиссии по профессиональной этике УПН», утвержденные Общим собранием членов РА «УПН» 05.07.1997;
- Кодекс этики членов УПН;
- Положение «О членстве в Некоммерческом партнерстве

«Уральская палата недвижимости» (далее — Положение о членстве).

Согласно пункту 1.1 Общих положений Устава НП «УПН» является добровольным некоммерческим объединением предприятий, учреждений, организаций, индивидуальных предпринимателей, осуществляющих прямо или опосредованно любые операции с недвижимым имуществом, образованным для совместного решения задач по формированию цивилизованного рынка недвижимости в Уральском регионе, организационно-правовая форма которого приведена в соответствие с Федеральным законом «О некоммерческих организациях».

Уставными целями НП «УПН» в пункте 2.1 указана деятельность НП «УПН», нацеленная на концентрацию разрозненных творческих сил членов для решения ключевых проблем развития цивилизованного рынка недвижимости, ликвидации дублирования и разгрузки предприятий от выполнения непрофильных исследований и разработок для защиты общих имущественных интересов и удовлетворения нематериальных потребностей членов НП «УПН», расширение их возможностей в профессиональном, научно-техническом и социальном развитии.

Согласно п. 1.1 Положения о членстве в НП «УПН» могут входить любые общества, предприятия, учреждения, организации, в том числе государственные и муниципальные, а также индивидуальные предприниматели, занимающиеся деятельностью, связанной с операциями с недвижимым имуществом или с созданием инфраструктуры рынка недвижимости, признающие цели и задачи НП «УПН», ее учредительные и иные нормативные документы и уплачивающие взносы.

Правила осуществления риэлторской деятельности (далее — Правила НП «УПН») были разработаны и приняты общим собранием НП «УПН» с целью упорядочения и регулирования риэлторской деятельности только организаций, являющихся членами и кандидатами в члены НП «УПН», а также с целью закрепления прав и гарантий потребителей риэлторских услуг. Правила, а также ряд других нормативных документов были приняты высшим органом - Общим собранием НП «УПН» на основании статьи 5 ГК РФ и являются нормативным закреплением сложившихся и широко применяемых на екатеринбургском рынке недвижимости правил поведения субъектов предпринимательской деятельности, в том числе заключение

договоров на условиях эксклюзивного представления интересов клиента.

Правила НП «УПН» закрепляют права и гарантии риэлторов и клиентов в сфере риэлторской деятельности, а также упорядочивают и регулируют риэлторскую деятельность членов НП «УПН», осуществляющих ее на территории г. Екатеринбурга и Свердловской области.

Правилами НП «УПН» определены следующие понятия, принимаемые в документе:

Риэлторская деятельность — профессиональная деятельность по оказанию физическим и/или юридическим лицом за вознаграждение комплекса услуг (консультационных, маркетинговых, организационных и прочих), связанных с установлением, прекращением и (или) изменением прав (пользования, владения, распоряжения) на объект недвижимости;

Риэлтор — юридическое лицо или индивидуальный предприниматель без образования юридического лица, оказывающие риэлторские услуги;

Риэлтор покупателя — риэлтор, оказывающий услуги покупателю объекта недвижимости;

Риэлтор продавца — риэлтор, оказывающий услуги продавцу объекта недвижимости;

Клиент — лицо, с которым риэлтор заключил договор на оказание риэлторских услуг;

Договор — (двух- или многосторонняя сделка) — документ, составленный в письменной форме, закрепляющий права и обязанности сторон при совершении сделки;

Эксклюзивный договор — это договор между клиентом и риэлтором, по которому клиент наделяет последнего исключительными правами по представлению его (клиента) интересов, связанных с покупкой, продажей и обменом недвижимого имущества, гарантирует отсутствие действующего аналогичного договора и принимает на себя обязательство не заключать подобный договор с другим риэлтором, в период действия договора, а также договор содержит санкции за нарушение условий эксклюзивности и порядок расторжения в таком случае.

Разделом 12 Правил НП «УПН» регулируется порядок заключения договора и оказания услуг продавцу, согласно которому установлено императивное правило: наличие действующего эксклюзивного договора исключает возможность заключения и действия других договоров на оказание аналогичных услуг. При этом в случае получения информации о действующем эксклюзивном договоре риэлтор обязан отказаться от договорных отношений с данным клиентом.

В случае выявления данного обстоятельства уже после заключения договора с клиентом риэлтор должен прекратить оказание договорных услуг.

Наличие действующего эксклюзивного договора исключает возможность заключения и действия других эксклюзивных договоров на оказание аналогичных услуг.

В случае выявления действующего аналогичного неэксклюзивного договора риэлтор не вправе заключать эксклюзивный договор. В случае выявления данного обстоятельства уже после заключения договора с клиентом риэлтор не вправе считать уже заключенный договор эксклюзивным (пункт 12.1).

Согласно пункту 12.2 Правил НП «УПН» риэлтору необходимо заключить эксклюзивный договор.

Эксклюзивный договор должен содержать:

- исключительные права риэлтора на продажу объекта;
- условие о том, что клиент гарантирует отсутствие действующего аналогичного договора, принимает на себя обязательство не заключать подобный договор с другим риэлтором в период действия договора;
- санкции за нарушение условий эксклюзивности договора и порядок досрочного расторжения договора риэлтором в таких случаях.

Таким образом, в указанных Правилах НП «УПН» закрепляется обязанность по соблюдению единообразного поведения всех участников НП «УПН», в том числе, в части определения эксклюзивности договора, который заключается между клиентом и риэлтором, по которому клиент наделяет последнего исключительными правами по представлению его (клиента)

интересов, связанных с покупкой, продажей и обменом недвижимого имущества, гарантирует отсутствие действующего аналогичного договора и принимает на себя обязательство не заключать подобный договор с другим риэлтором, в период действия договора.

Комиссией Свердловского УФАС России установлено, что договоры, по которым работают члены НП «УПН», соответствуют обязательным требованиям, выработанным НП «УПН».

На момент рассмотрения дела Свердловским УФАС России членами НП «УПН» являлось более 220 агентств недвижимости, сведения о которых размещены в разделе «Члены УПН и кандидаты» на официальном сайте Партнерства.

Свердловским УФАС России была проведена случайная выборка хозяйствующих субъектов, являющихся действительными членами НП «УПН», которым был направлен запрос (№5163 от 05.05.2016) о предоставлении образцов договоров, применяемых для текущей деятельности предприятия, разработанных для членов НП «УПН», в том числе: договор по оказанию услуг покупателю по поиску объекта недвижимости; договор по оказанию услуг продавцу недвижимости; договор риэлтора с застройщиком по реализации построек (инвестором); копии заключенных договоров на оказание услуг по реализации и подбору объекта недвижимости.

При анализе представленных образцов договоров, применимых хозяйствующими субъектами — членами НП «УПН» для текущей деятельности, была выявлена идентичность условий данных договоров, в том числе, в части «эксклюзивности» предоставления услуги между собой, кроме того, установлено соответствие таких образцов договоров требованиям пункта 12.2 Правил НП «УПН».

В представленных агентствами недвижимости — членами НП «УПН» договорах о предоставлении услуг по продаже объекта недвижимости пункт 3.4 идентичен содержанию пункту 3.4 формы договора НП «УПН», размещенной на сайте Партнерства (http://upn.ru/certification_dogovor.htm) в разделе «Типовые договоры», в части обязанности клиента: не заключать в период действия настоящего договора аналогичные договоры с другими лицами, не осуществлять самостоятельно поиск покупателя, а в случае предложения от покупателей — адресовать их риэлтору.

Согласно решения Свердловского УФАС России, члены НП «УПН» указывают на добровольный характер участия в

некоммерческом партнерстве и свободу присоединения к Правилам осуществления риэлторской деятельности.

Вместе с тем, соблюдение Правил членами НП «УПН» носит обязательный характер, что непосредственно закреплено в преамбуле утвержденных Правил НП «УПН». Кроме того, данный факт подтверждается протоколами заседания Комиссии НП «УПН» о фактах несоблюдения (отступления) действующих Правил НП «УПН».

Условия договора, разработанного НП «УПН» и размещенного на официальном сайте НП «УПН», как и условия, определенные в Правилах, распространяются на всех действительных членов НП «УПН», оказывающих риэлторские услуги.

Руководствуясь в своей деятельности Положением и иными нормативными документами, НП «УПН» обладает дисциплинарной мерой воздействия на участников (членов, кандидатов в члены), в том числе исключением из состава партнерства. Перечень лиц, исключенных из состава Партнерства также размещен на сайте НП «УПН».

Комиссией Свердловского УФАС России установлено, что риэлторская услуга, оказываемая агентствами недвижимости — членами НП «УПН», представляет собой систему взаимосвязанных действий, осуществляемых риэлтором от своего имени (имени клиента) и включает следующие этапы:

Консалтинговый этап. Риэлтор на данном этапе совершает следующие действия:

- оказывает информационно-консультационные услуги (информирует, консультирует клиента, в случае необходимости для этого организует привлечение специализированных организаций и профессиональных специалистов);
- оказывает услуги, направленные на сбор сведений о предлагаемом к продаже объекте недвижимости;
- от имени клиента выполняет данные им поручения по сбору документов, необходимых для определения соответствия объекта недвижимости требованиям действующего законодательства для участия в гражданском обороте.

Этап «продвижения объекта». На этом этапе риэлтор совершает следующие действия:

- от своего имени, но в интересах клиента размещает сведения об объекте недвижимости на информационных ресурсах, регулярно осуществляет их актуализацию;
- от своего имени, но в интересах клиента формирует предложения для потенциальных покупателей объекта недвижимости;
- оказывает услуги либо по поручению клиента организывает и осуществляет показ объекта недвижимости.

Этап заключения предварительного договора. Данный этап предполагает закрепление намерения потенциального покупателя на приобретение объекта недвижимости. На этом этапе риэлтор совершает следующие действия:

- оказание услуг по согласованию условий сделки в отношении объекта недвижимости с клиентом и потенциальным покупателем;
- от имени клиента либо от своего имени оформление договора, обеспечивающего совершение сделки с объектом недвижимости. Это может быть как предварительный договор с авансом, задатком либо обеспечительным платежом, так и договор оказания риэлтором услуг покупателю объекта недвижимости.

При этом, как следует из письменных объяснений членов НП «УПН», на любом из приведенных этапов клиент вправе расторгнуть договор, оплатив выполненную часть услуг.

Из приведенных обстоятельств следует — член НП «УПН» не вправе заключить договор с клиентом, уже заключившим договор с иным членом НП «УПН». В случае же существования такого договора, объект недвижимости указанного клиента не может быть размещен в МСН партнерства повторно.

В совокупности услуг, предоставляемых НП «УПН» в рамках договоров риэлторских услуг, само существо «эксклюзивности» договора риэлторской услуги возникает на этапе продвижения, который подразумевает комплекс маркетинговых мероприятий, направленных на поиск покупателя, в том числе включает разработку и размещение рекламы, «показы» объектов.

НП «УПН» владеет собственной мультиистинговой системой,

содержащей сведения об объектах, где осуществляется реклама. Нахождение объекта недвижимости в единичном экземпляре в такой системе и составляет суть «эксклюзивности».

Система мультилистинга — система, взаимодействующая с базой данных, в которой представлены объекты недвижимости на условиях эксклюзивных договоров, с помощью специальной программы, позволяющей разделить комиссионное вознаграждение, а так же прописаны условия сервиса мультилистинга. Этот сервис фиксирует размер денежной компенсации, которую выплачивает риэлтор, получивший соглашение с продавцом собственности, другим риэлторам за предоставление потенциального покупателя или за сотрудничество в поиске покупателя.

Работа в МСН и в рамках членства в УПН осуществляется по принципу разделения комиссии между риэлтором продавца и риэлтором покупателя, что свидетельствует об ограничении конкуренции. Риэлтор-участник НП «УПН» не вправе заключить эксклюзивный договор при наличии другого эксклюзивного договора, а в случае наличия у клиента неэксклюзивного договора, не может заключить с таким клиентом эксклюзивный договор. Таким образом, риэлтор может разместить такой объект недвижимости только в иной базе, не принадлежащей НП «УПН».

В соответствии с решением Свердловского УФАС России, факт заключения антиконкурентного соглашения между профессиональными участниками рынка риэлторских услуг — членами НП «УПН» подтверждается их единообразным поведением по заключению и исполнению эксклюзивных договоров с клиентами, что приводит к отказу членов НП «УПН» от заключения договоров с теми покупателями (заказчиками риэлторских услуг), которые уже заключили эксклюзивные договоры (пункт 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции).

Президиум, исследовав материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства, и доводы лиц, участвующих в рассмотрении жалобы, установил следующее.

Согласно пункту 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке,

если такие соглашения приводят или могут привести к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Соглашение - договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме (пункт 18 статьи 4 Закона о защите конкуренции).

Для квалификации действий хозяйствующих субъектов как антиконкурентного соглашения, необходимо доказать, что заключение соглашения между хозяйствующими субъектами привело или может привести к ограничению конкуренции.

Факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан, в том числе, с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов. Аналогичная правовая позиция отражена в пункте 9 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 года.

Факт наличия соглашения, ограничивающего конкуренцию, устанавливается исходя из совокупности доказательств по делу.

Согласно разъяснениям Президиума ФАС России № 3 «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах» факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств так и совокупности косвенных доказательств.

Согласно статей 25, 45 Закона о защите конкуренции в качестве доказательств при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольным органом рассматриваются документы, сведения, объяснения, информация в письменной и устной форме, включая служебную переписку в электронном виде.

Таким образом, доказыванию подлежит установление факта

достижения заявителями договоренности в том числе в устной форме, в соответствии с которым хозяйствующие субъекты должны совершить обусловленные соглашением действия, направленные на достижение одной цели.

Вместе с тем, решение Свердловского УФАС России не содержит совокупности доказательств, свидетельствующих о наличии антиконкурентного соглашения, а фактическое поведение само по себе, с учетом обстоятельств дела, не свидетельствует о заключении антиконкурентного соглашения.

Сами по себе факты заключения ответчиками по делу договоров с клиентами, содержащими условия об эксклюзивности, в соответствии с Правилами НП «УПН», не могут свидетельствовать о заключении антиконкурентного соглашения между членами НП «УПН».

Кроме того, на момент рассмотрения дела Свердловским УФАС России членами НП «УПН» являлось более 220 агентств недвижимости, однако нарушение антимонопольного законодательства Свердловским УФАС России установлено в действиях только 10 членов НП «УПН».

Материалы дела № 06-04/10-1 не содержат обоснования включения в состав участников соглашения именно такого круга субъектов и невключения (отсутствия оснований для включения) иных членов НП «УПН».

Иные доказательства заключения антиконкурентного соглашения в материалах дела № 06-04/10-1 отсутствуют.

Таким образом, решение Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области от 24.04.2017 по делу № 06-04/10-1 нарушает единообразие применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Согласно части 11 статьи 23 Закона о защите конкуренции основанием для изменения или отмены решения территориального антимонопольного органа является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, руководствуясь частью 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Президиум,

РЕШИЛ:

Решение и предписание Управления Федеральной антимонопольной службы по Свердловской области от 24.04.2017 по делу № 06-04/10-1 отменить.

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет".

В соответствии с частью 1.1 статьи 52 Закона о защите конкуренции решение о рассмотрении жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.